

제3편 약관규제법

제1장 약관의 기본원리

1. 약관의 개념

약관이란 명칭이나 형태 또는 범위를 불문하고 계약의 일방 당사자가 다수의 상대방과 계약을 체결하기 위하여 일정한 형식에 따라 미리 마련한 계약의 내용이 되는 것(§2 ①).

① 명칭이나 형태 또는 범위의 불문 : 약정서, 계약서, 규약 등/ 계약서 · 별지 또는 게시 여부 불문/ 인쇄 · 수기 또는 조문의 형식 불문.

② 계약의 일방 당사자 : 약관을 미리 마련하여 타방 당사자에게 이를 계약의 내용으로 할 것을 제안하는 자를 사업자로 정의(§2 ②).

③ 다수의 상대방과 계약체결 : 단일 또는 소수의 특정계약을 위하여 작성한 것은 약관으로 볼 수 없음.

④ 일정한 형식 : 다수의 고객을 상대로 개별적인 협상없이 일률적으로 사용하기 위한 것이면 되지만, 단순히 말로 이루어진 것을 약관으로 볼 수 없음.

⑤ 미리 마련한(사전성) : 계약체결 이전에 동종 · 다수의 계약을 위하여 미리 마련한 것으로, 타인이 작성한 약관을 자기의 거래를 위해 이용하는 것도 약관에 해당(사업자단체가 회원사를 위하여 마련한 약관).

⑥ 계약의 내용이 되는 것 : 계약의 초안으로 계약의 모든 내용을 담을 필요는 없다. 따라서 약관은 계약서 전체를 보는 것이 아니라 조항별로 약관 여부를 판단.

⑦ 개별적인 흥정을 거치지 않은 것 : 흥정의 존재는 계약당사자가 당해 조항에 대하여 충분한 검토와 고려를 하고 상대방에게 영향력을 행사하여 그 내용을 변경할 수 있는 가능성이 있어야 인정.

=> 약관 : 일방성, 사전성, 획일성(일반성)

2. 약관의 기능(필요성)

- 산업혁명 이후 대량생산에 따른 집단적 · 대량적 · 반복적인 거래(대량거래)를 신속 · 간편하게 처리하기 위하여 계약자유의 이름으로 이용하게 된 것이 약관이다.

(1) 영업의 합리화

- 대량거래의 신속한 처리(예, 보험계약)를 통해 계약체결에 필요한 노력과 시간 및 비용의 절약 가능. 더 나아가 거래상의 위험을 예측하고 이를 적절하게 관리 · 통제 가능(거래비용의 절감).

(2) 법률관계의 명확화

- 사적자치 하에서 실정법은 당사자의 계약내용을 보충하는 역할을 하지만 그 내용이 추상적이므로, 약관은 이러한 임의규정의 내용을 구체화하는 기능.

- 리스, 신용카드, 프랜차이즈 계약 등 신종계약에 대한 규율 법규 공백인 경우에 이를 보충하는 기능.

=> 이를 통해 법률관계를 합리적으로 규율하고, 분쟁을 예방하는 기능.

3. 약관규제의 필요성(문제점)

① 계약자유 원칙을 법리상의 근거로 하여 사업자가 약관에 의해 거래상 발생하는 위험을 면함과 동시에 그것들을 모두 소비자의 부담으로 전가(거래상 위험의 전가).

② 사적자치(계약자유 원칙)는 당사자의 계약교섭력이 대등할 때 정당성을 가지는 것이므로, 약관거래는 계약내용 형성의 자유가 사실상 부정되고, 계약체결이 강요되어 계약체결의 자유까지도 부정하는 결과 초래.

- 결국, 약관은 ‘대량거래의 합리적 처리’보다는 ‘법률적 수단에 의한 경제적 지위 유지 · 강화의 목적’이 많기 때문에, 대등한 계약의 내용과 동떨어진 모습으로 나타난다.

- 규제의 필요성 : 계약내용에서 경제적 약자인 고객의 힘으로는 되찾기 어려운 고객의 진정한 의사(예, 대등하였다면 고객이 의도하였을 진정한 계약내용)를 국가가 회복하여 줌으로써 고객을 보호하고 약관거래의 공정성 확보 (당사자의 ‘실질적 이익형평’(=공평)이라는 법이념의 재수립).